

O Próximo Passo – a Economia dos Contratos e a Aplicabilidade de Normas de Integridade em Contratações de Empresas Estatais

Leonardo Cuña de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. Os Contratos do Setor Público e a Teoria Econômica. 3. Problemas para Efetiva Aplicação da Lei (*Enforcement*). 4. Os Custos de Fiscalização do Contrato. 5. Bom Governo. 6. Caráter Regulatório da Licitação. 7. Políticas de Integridade. 8. O Sistema de Garantias nas Contratações de Empresas Estatais como Mecanismo de Incentivo à Adoção de Programas de Integridade. 9. Conclusões. Bibliografia.

Resumo

Desde a redemocratização, o Brasil assiste a um processo de abertura e de transparência institucional para enfrentar reiterados e crescentes casos de desvio de recursos públicos. Entre estas, a Lei nº 12.846/13 responsabiliza empresas administrativas e civilmente pessoas por atos contra a administração pública e a Lei nº 13.303/2016 estabelece marco legal para as empresas estatais. O uso destas ferramentas legais deve levar em conta os aspectos não somente jurídicos, como também os econômicos do fenômeno da corrupção pública, para proporcionar uma análise mais completa de seus aspectos.

Abstract

Since redemocratization, Brazil has witnessed a process of openness and institutional transparency to face repeated and growing cases of misuse of public resources. Among these, Federal Law 12.846/13 is held companies responsible for acts against public administration and Federal Law 13303/2016 establishes legal framework for state-owned companies. The use of these legal tools should take into account not only legal but also the economic aspects of the phenomenon of public corruption, to provide a more complete analysis of its aspects.

* Mestre em Análise Econômica do Direito pela *Universidad Complutense* de Madrid. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV-RJ. Pós-graduado no Curso Superior de Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra. Membro do MPRJ.

1. Introdução

O desvio de recursos e o recebimento de benesses em razão da função pública consistem em um dos mais elevados graus de apropriação do interesse público para benefícios privados. Desde a redemocratização, o Brasil vem assistindo a um processo de abertura e de transparência institucional que vem pondo à vista aspectos de nossa formação histórica.

Corrupção não é coisa nova entre nós, sempre existiu de um modo ou de outro. Contra ela se tem reclamado desde que o Brasil é Brasil. É difícil dizer se ela tem aumentado ou diminuído. Aumentaram, sem dúvida, as oportunidades de corrupção ativa e passiva por ter crescido o tamanho do Estado, cujos recursos em empregos, dinheiro, contratos, privilégios, são o principal alvo dos malfeitores. É também possível localizar no período militar parcela da responsabilidade. Boa parte dos políticos de hoje se formou durante aqueles anos, quando a impunidade era generalizada em decorrência do bloqueio da oposição política e do amordaçamento da opinião pública contra os desvios de conduta dos políticos, fato que, acoplado à liberdade de imprensa e ao aumento da escolaridade, pode ter tornado a corrupção mais visível¹.

A partir da promulgação da Constituição da República (1988), assistimos a uma sucessão de leis que buscam reforçar a necessidade de observância dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. São exemplos a Lei de Improbidade Administrativa, de 1992 (Lei nº 8429/1992); a Lei da Ficha Limpa em 2010 (Lei Complementar 135/2010, que alterou a LC nº 64/1990); a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e, mais recentemente, a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção – embora seu escopo não se restrinja ao combate à corrupção.

Como se vê, o legislador brasileiro, impulsionado no mais das vezes por pressões externas², vem criando um sistema legal de persecução aos atos de corrupção e desvio de recursos como forma de cumprimento do comando constitucional. Paralelamente a isso, os órgãos de controle vêm se aparelhando para o desempenho dessas funções e para a aplicação desse arcabouço normativo.

Outra lei publicada sob o impacto de fortes eventos na sociedade foi a recente Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o ordenamento jurídico das empresas estatais. Grande parte dela fala sobre o procedimento licitatório nessas empresas, que tem

¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21ª ed., 2016, p. 235.

² A Lei da Ficha Limpa é fruto de coleta de mais de 1,3 milhão de assinaturas encaminhadas à Câmara dos Deputados pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, enquanto a Lei Anticorrupção foi aprovada no clamor dos gigantescos movimentos de massa que tomaram o Brasil em meados de junho de 2013, como uma tentativa da classe política de responder a parte dos clamores populares.

tratamento específico, de acordo com o art. 173 da Constituição da República³. A elaboração e a aprovação dessa lei adquiriram impulso a partir da trama de escândalos de corrupção que se tornou pública a partir da denominada “Operação Lava-Jato”, que desvendou delitos de corrupção no seio da empresa estatal PETROBRAS S.A.

Antes dessa lei, as licitações promovidas pela estatal se guiavam pela Lei nº 9.478/1997, cujo art. 67 exigiu procedimento simplificado, remetendo, a decreto do Presidente da República, a competência regulatória. Com isso, o Decreto nº 2.745/1998 estabeleceu o procedimento, mas sem que a mencionada lei tivesse previsto qualquer baliza substancial sobre o tema, dando ao Poder Executivo ampla margem de discricionariedade para regulamentação.

A necessidade de fixar normas substanciais para os contratos das empresas estatais vai ao encontro do entendimento de organizações não governamentais dedicadas à gestão pública transparente, como a Contas Abertas. Segundo a entidade observou já no ano de 2006⁴, as denúncias de corrupção no Governo Federal disseram respeito a desvios em empresas estatais e fundos de pensão, como os Correios e o Banco do Brasil, cujos orçamentos superam o do Governo e não são divulgados nem acompanhados pela sociedade. Teria havido uma migração da corrupção, do governo central, para tais empresas.

A partir deste quadro, indaga-se sobre os limites e as possibilidades de se integrar esse sistema complexo de normas que se entrelaçam para buscar maior eficiência para prevenir e combater a corrupção. Note-se, a propósito, que não se trata de mero discurso moralista. A corrupção disseminada pode ter efeitos sistêmicos no tecido econômico, impedindo a realização de negócios que poderiam gerar ganhos sociais⁵.

Ao mesmo tempo, a colusão entre agentes públicos e privados em procedimentos concorrenciais cria barreiras à entrada de novos agentes no mercado, que poderiam prestar o mesmo serviço a custos mais baixos.

³ Embora esteja dito, no art. 97 da citada Lei, que entrará em vigor na data de sua publicação (D.O.U. de 1º jun. 2016), o art. 91 estabelece que as estatais constituídas anteriormente à vigência da Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação. O §3º dispõe que permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no *caput* (ou seja, 24 meses).

⁴ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/3419>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁵ “(...) corrupção não existe por si só, corrupção é um fenômeno que necessita de oportunidades e incentivos para que representantes do Estado e da sociedade cooperem entre si transacionando ilegalmente. (...) Aqui está a principal contribuição dos modelos microeconômicos: tratar corrupção como consequência antes de ser causa. Como consequência, o fenômeno da corrupção possui seus determinantes e, entre os principais determinantes, os modelos microeconômicos (...) destacam dois fatores: primeiro, corrupção é afetada negativamente pela possibilidade de concorrência na oferta do bem público e, segundo, corrupção é afetada positivamente pelo potencial de lucro que o produto ou serviço desejado gera. (...) As empresas nacionais, conhecedoras do potencial adicional de lucro que estas políticas podem gerar, tem o incentivo necessário para usar de práticas corruptas como forma de garantir o acesso ao benefício da lei. Isto é dizer que o avanço das funções do Estado, ao elevar o grau de regulamentação estatal da economia, gera privilégios a alguns que são pagos por outros. (...) Como consequência destes incentivos, corrupção mostrou ser um redutor do crescimento econômico agindo, porém, com diferentes graus de intensidade. (...) A existência de corrupção endógena estimulou a redução dos investimentos privados e do consumo das famílias, ocasionando uma queda na renda do Brasil.” (CARRARO, André *et al.* *O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período 1994-1998*. Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2006, p. 14-15).

Pesquisas empíricas transnacionais demonstram que a corrupção associa-se a níveis mais baixos de investimento, produtividade e crescimento e que a corrupção desencoraja tanto as entradas de capital como o investimento direto estrangeiro (Mauro 1995, Wei 2000, Graf Lambsdorff 2007: 71-79, 100-107). A corrupção reduz a eficácia das políticas industriais e encoraja as empresas a operar no setor informal, violando as leis fiscais e regulatórias (Ades & Di Tella 1997, Kaufmann 1997). Os países altamente corruptos tendem a gastar menos com a educação, para sobreinvestirem em infraestrutura pública, e a terem níveis mais baixos de qualidade ambiental (Mauro 1998, Esty & Porter 2002, Tanzi & Davoodi 2002). Em geral, a corrupção reduz a legitimidade percebida dos governos democráticos (Anderson & Tverdova 2003, Seligson 2006). Naturalmente, pode-se questionar a qualidade dos dados sobre corrupção, bem como o sentido da seta causal. A corrupção causa esses resultados, ou a corrupção é o resultado dessas condições subjacentes? Parece provável que a causalidade vá nos dois sentidos⁶.

2. Os Contratos do Setor Público e a Teoria Econômica

A questão sobre os contratos e as possibilidades de acordos corruptos entre agentes públicos e privados em razão dessas contratações assume maior relevância a partir da ideia de governo por contrato (*government by contract*), que supera o de governo por hierarquia administrativa em diversos campos da Administração Pública⁷.

No Brasil, a contratualização da gestão pública tem seguido o mesmo caminho, não somente pela ampliação das delegações de serviços públicos. Os últimos anos viram parcerias com agentes privados até mesmo em áreas antes tidas como exclusivas de órgãos públicos da Administração Direta. Enquanto a gestão de hospitais tem sido apoiada em parcerias com organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público, até mesmo a gestão de florestas pode ser contratualizada (Lei Federal nº 11.284/2006).

Nesse sentido, do ponto de vista econômico, os termos de um contrato não cobrem minuciosamente todas as circunstâncias que podem ocorrer durante a relação entre as partes. Com isso, os acordos não trazem todas as melhores soluções para

⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*. Annual Review of Law and Social Science, vol. 6, p. 217-238, 2010.

⁷ "(...) las razones de mayor peso son las que tienen que ver con la eficacia administrativa y con tendencias privatizadoras de la Nueva Gestión Pública. Por un lado, se considera que la acción de la Administración será más eficaz y encontrará menor resistencia o conflictividad si ha sido negociada y pactada previamente con sus destinatarios. Por otro, se entiende necesario sustituir la gestión directa de servicios y actividades administrativas por una gestión indirecta contratada con empresas privadas o particulares, no sólo en el ámbito tradicional de las obras públicas, los servicios públicos y los suministros, sino en muchos otros campos, que van desde la consultoría y la asesoría técnica, económica o jurídica, a tareas de seguridad y vigilancia, de resolución de conflictos (mediación y arbitraje), de control y auditoría, de fomento de la investigación o de financiación de infraestructuras, tradicionalmente asumidas en primera persona por la Administración". (MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo*. Parte General. 8ª ed. Madrid: Editorial Anaya, 2012, p. 580).

cada circunstância que elas venham a enfrentar.⁸ Portanto, diz-se que os contratos são incompletos, o que se nota de forma especial naqueles de execução diferida ou de execução continuada, em que a ligação entre os contratantes não se encerra de maneira imediata – como nas vendas à vista.

Mesmo se fosse possível considerar todas as circunstâncias, desenhá-las completamente requeria negociações mútuas e sucessivas, incrementando os custos de transação da etapa pré-contratual⁹. E o fato é que, muitas vezes, às partes não é conveniente, considerando tais custos, estabelecer a solução para alguns riscos considerados remotos, no momento da assinatura¹⁰.

Assim, sujeitos plenamente racionais redigiriam contratos perfeitos, se tais custos fossem nulos, situação na qual o contrato distribuiria a cada parte o que a ela tivesse mais valor e cada risco se assinalaria à parte que o pudesse assumir ao custo mais baixo. Nesse caso, teríamos uma matriz de riscos perfeita, mas o fato é que os contratos são incompletos, porque os indivíduos não são racionais e os custos de transação não são nulos¹¹.

Neste sentido, Williamson¹² traz a ideia de “contrato marco” (*contract as framework*), desenvolvida por Karl Llewellyn nos anos 1930, pela qual o contrato proporciona um marco que não indica com precisão todas as relações em que as partes trabalharão. Ele é um guia para casos de dúvida, uma indicação aproximada em torno da qual tais relações variam. O contrato será, assim, uma norma que ajuda a delimitar as posições de ameaça entre as partes, em caso de inadimplemento.

No âmbito dos contratos do setor público, tais questões não são tão problemáticas na fase pré-contratual, pois, de regra, as partes (o Estado e o particular) não negociam diretamente para contratar. Desta forma, mais relevante que observar o contrato *de per se*, é olhar para a relação contratual, a economia do longo prazo. É em tal relação, em que as partes perseguem seus interesses, que as regras formais, muitas vezes, falham em controlar comportamentos desviantes.

⁸ “Las limitaciones cognitivas de los contratantes, los costos de transacción que dificultan o impiden la adopción de acuerdos, así como la asimetría de información entre las partes y, en su caso, entre éstas y posibles observadores externos que deben resolver sobre el contrato, hacen que los contratos – incluso aquéllos que vinculan a contratantes expertos y sofisticados – no puedan anticipar todas las circunstancias o contingencias que podrían afectar a la relación contractual en el futuro, ni ofrecer, para cada una de ellas, la mejor solución para el excedente contractual conjunto” (POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili (2010). *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*. Disponível em: www.indret.com/pdf/719_es.pdf. Acesso em: 21 nov. 2016).

⁹ “En realidad, en las negociaciones las partes tienen que sufragar gastos en los que se incurre a lo largo de todo el proceso de negociación; por tanto, el excedente de la negociación va disminuyendo a cada ronda” (CABRILLO, Francisco; FRITZPATRIK, Sean. *La Economía de la Administración de Justicia*. Madrid: Editorial Aranzis S., 2011. p. 201).

¹⁰ Por exemplo, em contrato para a construção civil, não é muito útil estabelecer *a priori* qual a melhor solução para toda e qualquer eventual escassez de oferta de cada material utilizado, ou como devem as partes proceder se o construtor encontra pedras preciosas no subterrâneo do terreno.

¹¹ “In many cases, individuals make pretty bad decisions – decisions they would not have made if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. [edição eletrônica Kindle] EUA: Penguin Books, 2009.

¹² WILLIAMSON, Oliver. *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html. Acesso em: 21 nov. 2016.

Com efeito, muitos desses contratos são classificados como “contratos relacionais” (*relational contracts*): não se pode especificar nem prever por completo os comportamentos relevantes das partes no momento de sua assinatura¹³. O contrato não pode divisar todas as casualidades futuras nem as melhores soluções.

Assim, nas relações contratuais de longo prazo de contratos privados, as partes não se fiam tanto nas regras formais, rígidas e limitadas, para garantir a cooperação. Os mecanismos informais, como a reputação, a amizade, o parentesco ou a religião, são mais eficientes para tal fim¹⁴. Especialmente porque relações permanentes geram jogos repetidos que estimulam a cooperação¹⁵.

Sem embargo, considerando que recursos públicos estão em jogo, os gestores e os contratados não têm como estabelecer relações informais entre si para garantir o adimplemento contratual. A teoria econômica apresenta alguns problemas que podem não ser solucionados satisfatoriamente pelo Direito.

3. Problemas para Efetiva Aplicação da Lei (*Enforcement*)

Segundo Becker e Stigler¹⁶, um dos problemas da análise normativa ou positiva do Direito é tomar como certo que as leis serão aplicadas de fato. No mundo real, o *enforcement* depende de muitos fatores, como o grau de honestidade dos agentes executores e a própria estrutura de incentivos a comportamentos honestos. No caso de contratos públicos, a execução da lei é até mais difícil, pela ausência de uma vítima concreta interessada na punição dos violadores.

Fenômeno reiteradamente encontrado nesses contratos é o da informação assimétrica, campo fértil para comportamentos oportunistas. Em geral, as partes detêm informações distintas sobre a transação, o que é comum em contratações públicas porque, quando o poder público decide contratar, seus agentes não têm conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem o mercado.

De fato, obter informação tem custos, e o benefício marginal de continuar a busca de informação pode não ser compensatório, pois em muitas ocasiões é difícil ter acesso a ela. Além da dificuldade natural de acesso a informações completas, uma

¹³ “En esta clase de contratos, la incertidumbre jugará un papel muy importante sobre determinadas variables económicas (demanda, costos, situación competitiva) y de negocio y, asimismo, sobre los comportamientos denominados “de confianza” (actitudes cooperativas, esfuerzo de promoción, mantenimiento de patrones de calidad intangibles, etc.), cuyo cumplimiento o incumplimiento será difícilmente verificable por un juez o un árbitro, o controlable mediante normas o procedimientos jurídicos, si bien ello no impedirá el recurso a otros remedios alternativos a los previstos en el Derecho de contratos frente al incumplimiento (por ejemplo, la inclusión de cláusulas que reducen los beneficios, e incrementan los costos, de la parte que se desvía del modelo del comportamiento cooperativo, entre otros)”. (POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili. *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*. 2009. Disponível em: www.indret.com/pdf/719_es.pdf. Acesso em: 21 nov. 2016).

¹⁴ MACLEOD, Bentley W. Reputations, relationships, and contract enforcement. *Journal of economic literature*. vol. 45, nº 3, p. 595-628, 2007.

¹⁵ Em jogos repetidos, a tendência é de ganhos líquidos mais baixos por trair a cooperação e rendimentos individuais mais elevados quando os jogadores cooperam e baixos lucros individuais quando não o fazem.

¹⁶ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Nº 1 (Jan., 1974). 1974, p. 1-18.

parte pode omitir informação da outra; ou então ambas podem contratar com base na mesma informação equivocada ou em diferentes informações erradas. Assim, as decisões condicionam-se à incerteza, por força da informação disponível e do momento em que são tomadas.

Por isso, a informação será assimétrica, porque nem o Estado nem o contratado têm toda a informação necessária. Da parte do poder público, não se pode exigir de burocratas encarregados de redigir um contrato de gestão de hospital o conhecimento completo sobre o mercado de provisão de cada insumo. Muitas questões são tão específicas que só empresários com experiência na atividade podem conhecê-las, e alterações no mercado podem originar mudanças no equilíbrio econômico do contrato.

A seu turno, o participante de um processo de licitação não sabe quais são os interesses reais ou a “agenda oculta” do grupo político que está no poder quando assina o contrato (a não ser que já esteja mancomunado com eles). Ao fim, pode ser que tais interesses originem pressões políticas para alterações contratuais custosas, quando a empresa já tenha assumido custos irrecuperáveis, o que geraria a necessidade de renegociações do contrato, quando não se podem cumprir seus termos.

Enquanto muitos países começaram a adotar modelos de gestão de serviços públicos baseados em associações com agentes privados, tenham ou não a forma contratual, a literatura aponta reiterados pleitos de renegociação contratual, frequentemente forçados por comportamentos oportunistas dos agentes privados, valendo-se de sua posição para retardar a execução¹⁷.

A situação se torna mais intrincada nos países em desenvolvimento, nos quais o ambiente institucional se caracteriza por incapacidade regulatória dos agentes públicos, o que facilita sua captura¹⁸. De tal maneira, a contratação original, resultante de um processo competitivo, passa a não ser o ponto mais relevante, e os contratos se tornam mais lucrativos depois de adjudicados, quando as pressões para a transparência e a concorrência não estão mais tão presentes.

A respeito do tema, Maurício Portugal Ribeiro se manifesta quanto ao “falso cumprimento de contratos”, quando empresas se sagram vencedoras em contratos de concessões por preços muito baixos, ao que se segue uma incapacidade do concessionário de investir no serviço e uma péssima qualidade no serviço prestado ao usuário.

Em meados de 2011, a discussão em torno do descumprimento dos contratos de concessão dos 7 lotes de 2007 levou o TCU a realizar uma auditoria no contrato de concessão relativo às rodovias BR-101/SC

¹⁷ VERMA, Sandeep. *Dispute Resolution in Public Contracts: Lessons from Select International Best Practices* (May 19, 2013). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267056. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁸ Captura regulatória ocorre quando os grupos de interesse fortes influenciam as decisões e ações do órgão público, cujas decisões servem mais aos interesses desses grupos que ao interesse público. A ideia foi introduzida na teoria econômica moderna por Stigler (1971): um grupo econômico pode usar o poder público para obter ganhos privados, inclusive de forma mais eficiente do que por monopólio ou integração vertical para criar barreiras à entrada.

e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba (processo TC 005.534/2011-9). Essa auditoria documentou uma série de descumprimentos dos contratos e levantou suspeitas sobre a leniência e conivência de agentes públicos responsáveis pela fiscalização, que além de não aplicarem as multas devidas, ainda promoveram aumentos indevidos das tarifas.

(...)

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes, e esse parece ser o caso do Brasil, o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador, e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a fazer os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do contrato, usando muitas vezes, vezos marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo, e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços¹⁹.

Outra situação comum no Brasil é consequência da informação assimétrica: há anos, os tribunais de contas detectam o chamado “jogo de planilhas”, praticado por empresas licitantes que desejam obter rendimentos maiores depois de adjudicado o contrato. Há variantes nessa estratégia, mas, em geral, ocorre da seguinte forma: em licitações para aquisição de bens ou serviços cujo preço é composto por diversos itens, licitantes praticam preços abaixo dos de mercado para alguns e muito mais altos para outros. Durante a execução, o contratado poderá forçar a criação de circunstâncias que gerariam a necessidade de aditamento no contrato que abranja apenas os itens mais caros, ocorrendo, ao final, gasto muito maior com o contrato.

¹⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Licitações devem cortar incapazes de prestar serviço*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/mauricio-ribeiro-licitacoes-cortar-incapazes-prestar-servico>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Ao estabelecer essa diferença de preços unitários²⁰, o contratado ganha a concorrência, propondo valor total abaixo dos de outros competidores, mas a situação final pode se tornar mais desfavorável em comparação com outras propostas, durante a relação contratual²¹.

Em geral, o poder público, que conduz o processo de concorrência e determina os preços máximos dos bens ou serviços que deseja contratar, não conhece o mercado de maneira tão completa como as empresas licitantes. Esse espaço de ignorância dá azo a comportamentos oportunistas ou acordos corruptos.

Desta forma, o ambiente contratual é fecundo para comportamentos oportunistas, devido a barreiras à entrada e a custos irrecuperáveis. Normalmente são visíveis, mas uma vez realizados, devem ser deixados de lado quando as decisões econômicas são tomadas. Isso conduz a renegociações, que implicam despesas. Tais comportamentos ocorrem com mais frequência quando o processo de renegociação é puramente bilateral, ou seja, não conta com a intervenção de um ente regulador²².

Um impulso para comportamentos oportunistas pode ser encontrado como resultado da seleção adversa. Trata-se de uma das falhas de mercado criada pela informação assimétrica que se verifica antes da transação, quando as decisões de troca de um indivíduo informado dependem de informações que apenas ele possui, de maneira que elas afetam de modo antagônico os participantes não informados. Por essa falha de mercado, vendem-se produtos de diferentes qualidades a um único preço, e assim, o produto de baixa qualidade é vendido em quantidade superior ao de boa qualidade²³.

Corolário desta falha de mercado se verifica após os processos de licitação, pois os preços ofertados pelos licitantes²⁴ são o critério objetivo mais seguro para seleção – nem sempre usado com exclusividade. Daí que quem tem preços superiores

²⁰ “De fato, os argumentos preliminares dos responsáveis pela obra não afastaram a suspeita levantada pela Secex/CE de que houve uma ‘conta de chegada’ ou um ‘jogo de planilha’, isto é, uma combinação nos itens constantes da planilha de preços do licitante vencedor, para que, posteriormente, o item com o maior valor unitário sofresse um aumento drástico em seu quantitativo, mediante aditivo ao contrato original, o que representaria um ganho extra, não previsto no edital da licitação, tomando, por efeito, a proposta da vencedora menos vantajosa para a Administração.” (Tribunal de Contas da União – Acórdão nº 1.56312009, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho).

²¹ CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055012.PDF>. Acesso em: 21 nov. 2016.

²² “In bilateral negotiations agents can engage in opportunistic behaviors more easily, and problems with information asymmetry are more acute” (CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructures*. Disponível em: www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476. Acesso em: 21 nov. 2016).

²³ A pesquisa de George Akerlof (1970) é comumente lembrada: os automóveis usados são vendidos por muito menos do que os novos, por causa da informação assimétrica acerca de sua qualidade, pois o vendedor sabe muito mais que o possível comprador. Ao fim, os bens de má qualidade expulsam do mercado os de boa, porque os compradores não podem identificar a qualidade antes de comprar.

²⁴ “De lo que se trata, en todo caso, es de adjudicar la oferta económicamente más ventajosa. Ahora bien, ese concepto, extraído del Derecho comunitario, remite a los criterios de selección establecidos en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, conforme a la Ley. El criterio puede ser sólo uno, en cuyo caso será el del precio más bajo (...). Lo normal es, sin embargo, que los pliegos establezcan una pluralidad de criterios de selección (...). Tales criterios (...) pueden ser además del precio, la calidad, la fórmula de revisión de las retribuciones, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de ciertas exigencias sociales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”. (Morón, *op. cit.* p. 616).

à média não ingressará na licitação, ou oferecerá preços menores. Ao longo do cumprimento contratual, pode-se ver tentado a adotar comportamentos oportunistas: buscando revisão contratual ou entregando serviços ou produtos com qualidade ou em quantidade inferiores ao contratado.

Depois de oferecer cotações não lucrativas, o particular pode buscar a ineficiência dos mecanismos de controle da execução contratual para obter lucros que não receberia. Pode também, em casos mais sérios, cooptar agentes públicos encarregados do controle dos contratos para manter baixos níveis de adimplemento contratual e em seguida repartir os lucros da operação.

Entretanto, relações corruptas não provocam prejuízos apenas por causa dos valores em si desviados dos cofres públicos. Elas causam, por si só, custos de transação mais altos do que as relações formais. A corrupção compreende acordos implícitos, informais e não vinculantes, que buscam criar raízes na relação de longo prazo entre os agentes público e privado. As partes podem se utilizar de relações já estabelecidas, para entrar em colusões ou tratos corruptos.

Como anota Lambsdorff²⁵, há um aspecto formal que vincula os agentes (o contrato), que abre a possibilidade de sanções contratuais. Com isso, os participantes podem manejar ameaças de sanções para fazer cumprir um acordo corrupto oculto. Ademais, eles podem reduzir os custos, porque já se conhecem, ampliando o alcance do negócio jurídico para incluir medidas tratadas em acordos clandestinamente corruptos.

4. Os Custos de Fiscalização do Contrato

Em um cenário de contratos necessariamente incompletos, as partes não têm capacidade de detectar com precisão todas as situações que gerariam seu descumprimento. A solução intuitivamente mais clara seria aumentar os instrumentos para fiscalizar e controlar os contratos.

De fato, é preciso que haja melhores controles interno e externo, mas o controle e a fiscalização não são gratuitos. E, mesmo em uma situação hipoteticamente ideal, em que todos os mecanismos de controle funcionem perfeitamente, algumas falhas ou inadimplementos pontuais passarão “abaixo do radar”.

Portanto, o desenvolvimento de contratos públicos deve considerar os custos de controle do cumprimento: a manutenção de estruturas burocráticas para verificar se o particular desempenha suas funções corretamente, condição necessária para o pagamento. Como ensinam Becker e Stigler²⁶, restrições orçamentárias também limitam o *enforcement*.

Ademais, nem sempre o desenho destas estruturas de controle considera os custos para o contribuinte. Se é correto investir para aperfeiçoar o controle de gastos

²⁵ LAMBSDORFF, Johan Graf. *Institutional Economics of Corruption and Reform*. N. York: Cambridge University Press, 2007, p. 215-6.

²⁶ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Nº 1 (Jan., 1974). 1974.

públicos, tal investimento não pode extrapolar eventuais benefícios. Como Williamson aponta, a evolução da economia dos custos de transação não foi seguida na análise de políticas públicas, especialmente no planejamento dos órgãos²⁷. A escolha de propósitos políticos imediatos se dá em detrimento da correta avaliação da eficiência e de possíveis alternativas (e.g., o excessivo gasto na agência de segurança nacional, NSA).

Veja-se o caso do controle externo exercido pelos tribunais de contas, previsto nos arts. 70 a 75 da Constituição. De acordo com estudo da organização Transparência Brasil, em alguns estados, o orçamento total da corte de contas se equipara ao da respectiva Assembleia Legislativa. Relativamente ao orçamento total dos Estados, a relação varia de 0,3% a 1,9%, sendo que Roraima e Mato Grosso têm quase 2% de seus orçamentos reservados para seus tribunais de contas²⁸.

Não se nega a necessidade de medidas que aumentem os níveis de controle e de fiscalização. Muitas vezes, no entanto, é questionável se tal investimento efetivamente seria aprovado em uma análise custo-benefício.

5. Bom Governo

O escopo de obter mais eficiência na relação contratual entre agente privado e o Estado implica não só considerar problemas de interpretação do Direito, como também atentar para o efetivo comportamento dos agentes.

Por um lado, a ideia de incrementar a supervisão sobre os funcionários não impede colusões entre estes e os particulares, para repartir os lucros espúrios originados de contratos total ou parcialmente adimplidos. Tampouco a criação de órgãos externos de controle evita totalmente a colusão entre o próprio órgão supervisor e o agente público. Como apontam Anechiarico e Jacobs²⁹, a experiência da cidade de Nova York indica que as medidas de controle nas contratações não foram suficientes para afastar o desperdício de recursos ao longo da execução contratual.

Por outro lado, tendência comum das políticas sobre o tema é enfatizar o incremento dos mecanismos de publicidade ativa dos atos de gestão no serviço público, isto é, adotar ampla transparência. A crença é a de que os cidadãos devem conhecer a forma como se tomam as decisões, o manejo dos recursos públicos e os critérios pelos quais atuam os agentes e as instituições. Permitir amplo acesso à informação pública resultaria em melhores instituições, através de maior supervisão, redundando em um Estado mais eficiente e eficaz.

A política de transparência e Direito de acesso à informação pública não é nova, já que está contemplada em diretivas da União Europeia e prevista na maioria

²⁷ WILLIAMSON, Oliver (2009). *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html.

²⁸ Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²⁹ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 123-138.

de seus Estados-Membros. No Brasil, foi publicada a Lei nº 12.527/11, chamada Lei de Acesso à Informação, que dispõe sobre os mecanismos que possibilitam a todo cidadão ter conhecimento de informações de interesse público.

A Lei cria procedimentos para garantir o direito de acesso à informação, tendo a publicidade como regra e o segredo como exceção, para desenvolver o controle social da gestão pública. Também impõe obrigações de publicidade ativa, independentemente das solicitações de acesso, e de uso dos meios de comunicação com emprego de ferramentas tecnológicas. Leis com a mesma política foram aprovadas em muitos outros países da América do Sul.

Antes disso, a Lei Complementar nº 131/2009 acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizem, em tempo real, informações pormenorizadas sobre sua execução orçamentária e financeira.

Não raro, aferra-se à crença de que a transparência, por si só, melhora a gestão pública, levando à adoção de princípios éticos pelos gestores públicos, acarretando uma boa gestão pública.

A lógica é que, retirado o sigilo, governos mudarão e governantes serão mais honestos. Pressupõe-se que, se as pessoas souberem o que se passa, poderão agir. É o mesmo tipo de política pregada por organismos internacionais, como a Transparência Internacional, que propõe a prestação de contas sobre fundos públicos como política “de tamanho único” para quase todos os problemas mundiais, desde a gestão pública às mudanças climáticas³⁰.

Seguramente, é pressuposto da democracia que os governados saibam como agem seus governantes. Mas há seus contrapontos. Por um lado, o excesso de informação dificulta a comunicação. Por outro, a melhor maneira de ocultar uma informação é deixá-la plenamente visível a todos, e ao mesmo tempo oculta sob uma montanha de informações distintas. Uma das formas mais eficientes de desinformar as pessoas é inundá-las com informação, especialmente em temas de política.

Em consequência, em frente a uma gama alta de informações, o cidadão pode, ao invés de eleger determinado curso político, simplesmente omitir-se. As pessoas tomam boas decisões quando possuem experiência, boa informação e podem ter o imediato *feedback*. Fora destes contextos, suas decisões não são as melhores³¹.

Políticas de transparência são importantes, mas pressupõem o controle sobre os funcionários e a esperança de que seria suficiente manter o *big brother* sobre os burocratas para que melhorasse sua *performance*. Mas o incremento da transparência não resulta por si só em menos corrupção.

³⁰ Veja-se, que, no informe global sobre corrupção, a entidade predica pautas para impedir que a corrupção frustre as medidas sobre o câmbio climático e instam governos, organizações internacionais, empresas e sociedade civil a assegurar a boa governabilidade da política climática. Disponível em: http://www.transparencia.org.es/INDICES_GLOBAL_DE_LA_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202010/Aspectos%20m%C3%A1s%20destacados%20del%20Informe%20Global%202010.pdf. Acesso em: 21 nov. 2016.

³¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*

Veja-se o exemplo de um contrato de obra pública: se o cidadão sabe quantos metros cúbicos de concreto se aplicarão na construção de uma ponte, pode verificar se os preços foram os de mercado, mas não saberá se toda aquela quantidade paga foi efetivamente entregue. Sem embargo, se há alguma colusão entre o particular contratado e um agente público, o fato de que todas as especificações do contrato tenham se tornado públicas é até mesmo um argumento a favor dos próprios corruptos, quando enfrentam contestações.

Portanto, introduzir transparência não altera a realidade de que cada contrato tem custos de transação específicos, especialmente ao longo da relação contratual, na forma de custos de controle (*enforcement*), dos quais não se cogita quando se projeta a contratação.

Ademais, o *enforcement* posterior, levado a cabo por órgãos externos, não tem a mesma eficácia em todos os casos. Com efeito, é possível realizar auditoria para comprovar se os preços aplicados eram compatíveis com os de mercado, como igualmente é viável evidenciar se o processo de licitação seguiu as normas que tutelam a competitividade. Porém, uma vez prestado o serviço, como sabê-lo?

Por exemplo, em agosto de 2011, a Polícia Federal descobriu um esquema que fraudava convênios relativos a recursos destinados à formação turística no estado do Amapá³². Os desvios se davam mediante simulação de cursos de qualificação profissional. Para detectar a fraude, o órgão de controle externo não tem meios para demonstrar se um grupo particular de pessoas, de fato, foi ou não formado pela entidade contratada. No caso, foi necessário programar entrevistas com os supostos instrutores, verificar a quantidade de horas de formação, mas sempre é difícil alcançar 100% de segurança sobre o valor desviado.

6. Caráter Regulatório da Licitação

Como visto, os problemas em que se envolvem as contratações públicas podem levar a ambientes nos quais conluios entre agentes públicos e privados degeneram em desvios de conduta. É fato que o incremento dos instrumentos de controle interno e externo pode levar à detecção e prevenção de fraudes. Ao mesmo tempo, a ampliação do acesso à informação é necessária e importante, mas não é a panaceia universal.

Nesse sentido, os órgãos de controle são eles mesmos estruturas burocráticas, sujeitas às mesmas falhas de todas as demais do Estado. Ao mesmo tempo, há limites na ampliação da publicidade no que tange a empresas estatais, mormente aquelas dedicadas à exploração de atividades econômicas em igualdade de condições com os demais agentes privados (art. 173, §1º, II, da Constituição). Por vezes, a publicidade pode implicar divulgação de certas estratégias da empresa no mercado.

³² Até o final deste trabalho, ainda não havia decisão judicial definitiva sobre o caso, que chegou a ser remetido ao Supremo Tribunal Federal, pois um dos envolvidos elegeu-se deputado federal (ação penal originária 712, de 2013), tendo baixado posteriormente à Justiça Federal do Amapá, ainda sem sentença (0009983- 84.2011.4.01.3100 - 4ª Vara Federal de Macapá).

Com efeito, devem-se buscar formas de se enfrentar desvios de conduta na fase pré-contratual, quando, de regra, não há negociação entre as partes quanto ao conteúdo da avença. Assim, pode-se utilizar a própria licitação como instrumento de regulação do mercado, pois não é incomum o Estado usar seu poder de contratar para privilegiar determinados valores ou promover agendas específicas, sendo ele um dos principais compradores no mercado. A propósito, as lições de Marcos Juruena Villela Souto:

Ao definir o formato do contrato desejado, de modo a possibilitar julgamento objetivo (fruto da necessidade de tratamento isonômico), a Administração exerce seu “poder de contratação” (muitas vezes chamado de “poder de compra”) para regular o mercado. Essa discricionariedade na formação do edital envolve o exercício de uma competência regulatória, pois interfere na estrutura do mercado, devendo ser técnica, já que os aspectos políticos são definidos em leis ou em tratados internacionais³³.

Assim, a proposta mais vantajosa para a Administração não se restringe àquela que oferece o menor preço, sendo possível restringir a competição em favor de outros valores. Foi com o espírito de fomentar as microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo, que se editou a Lei Complementar nº 123/2006, que estendeu tratamento diferenciado a elas em licitações públicas.

A citada lei instituiu três alterações no sistema licitatório em favor de micro e pequenas empresas: (a) a regularidade fiscal deve ser comprovada no momento de assinatura do contrato (arts. 42 e 43); (b) cria-se um “empate fictício”, ou margem de preferência que reequilibra os valores das propostas (arts. 44 e 45); e (c) possibilidade de procedimentos licitatórios diferenciados para essas empresas para fomentar o desenvolvimento local ou regional (arts. 47 a 49).

No mesmo sentido, a Lei nº 13.303/2016 também exprime esse poder regulatório do Estado por meio da contratação, quando, em seu art. 32, §1º, diz que as licitações e os contratos devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

³³ SOUTO, Marcus Juruena Villela Souto. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 291.

IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI – acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Duvidoso, nesse ponto, é se a proposta mais vantajosa poderia incluir também a adoção de programas de integridade por parte do particular contratado. Ainda mais porque os requisitos de habilitação estão previstos taxativamente no art. 58 da lei.

Nesse ponto, é importante notar que os requisitos de qualificação e habilitação de concorrentes em certames públicos devem estar especificados na lei que, consoante a Constituição, art. 37, XXI, só pode exigir requisitos de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Difícil, assim, sustentar uma exigência dispensável ao cumprimento da obrigação, ainda que seja expressa em lei.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela inconstitucionalidade de exigências não indispensáveis, pois afrontaria o princípio da isonomia impor exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações³⁴.

Existe algum espaço para que as empresas estatais exijam programas de integridade das empresas com quem venham a contratar? A resposta parece ser positiva: a integração dos sistemas de combate e prevenção de desvios pode estar na busca da adesão voluntária dos agentes econômicos e, nos termos da própria lei, há espaço para tanto.

Antes, é necessária e pertinente uma rápida explicação sobre o sistema de prevenção à corrupção, criado pela lei de 2013.

7. Políticas de Integridade

A Lei nº 12.856/2013 trouxe a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas cujos agentes tenham se envolvido em prática de atos de corrupção, com um sistema de responsabilização administrativa e judicial de empresas envolvidas em tais condutas. O sistema visa a coibir não somente atos de corrupção, como também atos lesivos à Administração Pública em geral.

A norma atende a compromissos assumidos dentro da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada em 31 de outubro 2003 e aprovada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Relativamente ao setor privado, a convenção dispõe nesses termos:

³⁴ ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJ de 19-12-2007.

Artigo 12 – Setor Privado – 1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

A lei prevê dois grupos de sanções, que não se excluem: (i) as aplicáveis pelas autoridades administrativas e (ii) as restritas à autoridade judicial. Ademais, tais sanções judiciais não excluem as penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nem os ilícitos alcançados pelas normas sobre licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 30).

Ao disciplinar a responsabilização administrativa e o respectivo processo sancionador, o art. 7º prevê elementos de gradação para a aplicação das penas administrativas de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, I e II). Neste diapasão, certas variáveis devem ser consideradas quando da aplicação da pena, de acordo com extenso rol³⁵.

Para fins da presente análise, tem relevo o art. 7º, VIII: “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em apertada síntese, a existência de programas de integridade (*compliance*) é um dos subsídios que pode modular a severidade das sanções impostas administrativamente. Trata-se, portanto, de política de incentivo à adoção de programas internos de integridade por parte das empresas, para reduzir o risco de cometimento de práticas lesivas à Administração Pública.

Por sua vez, no âmbito do Governo Federal, os parâmetros de avaliação de programas de integridade foram previstos no Decreto nº 8.420/2015, que se aplica a empresas de médio e de grande porte, que podem manter órgãos com tais finalidades. Não se trata de norma de adoção obrigatória, cumprindo às empresas criar tais programas quando tal medida lhes for economicamente mais proveitosa, ponderação que não se afastará da análise custo-benefício.

Em tal análise, frise-se, podem entrar em consideração não apenas a possibilidade de sanções administrativas menos gravosas, como também a existência de um sistema internacional de combate à corrupção, em um cenário de adesão de diversos países à Convenção das Nações Unidas.

³⁵ O rol, em quase todos os casos, é de conceitos abertos ou indeterminados, já que não há parâmetros jurídicos para se determinar “a gravidade da infração” ou o seu “efeito negativo”. A consequência dessa indeterminação impõe, então, sob pena de nulidade da decisão, a fundamentação específica e em concreto das razões que levam a decisão a considerar a infração mais ou menos grave ou a magnitude do efeito negativo, como, também, o grau de cooperação de pessoa jurídica para a apuração das infrações. (GRECO FILHO, Vicente; e RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168).

Nesse quadro, ao aderirem à autorregulação interna, empresas brasileiras que tenham parte de seus negócios no exterior podem também evitar sanções impostas no estrangeiro. Ao mesmo tempo, a adoção de programas de integridade aumenta a possibilidade de estas empresas selarem negócios com empresas estrangeiras.

Por sua vez, ao poder público cumprir criar incentivos à adoção das melhores práticas internas de integridade e de combate a práticas corruptas. Tais incentivos, contudo, não podem chegar ao ponto de excluir participantes de certames licitatórios. Caso contrário, estaríamos diante de verdadeiras sanções, o que deitaria por terra o sistema de adesão voluntária. Programas de *compliance* não podem se tornar mera formalidade, sem qualquer efetividade prática, somente para atender a mais uma etapa burocrática.

Mais do que isso, a imposição de programas de integridade poderia se tornar mais um elemento nas disputas entre licitantes para eliminação de competidores. Isto porque eles se veriam incentivados a demonstrar a ineficácia dos programas de seus concorrentes, para barrar sua entrada nos certames. No fim do dia, procedimentos licitatórios seriam ainda mais atrapalhados pelos empecilhos criados pelas reclamações judiciais e administrativas.

A saída, então, seria buscar mecanismos para apenas incentivar a criação de programas de *compliance* em empresas competidoras. Nesse sentido, vislumbra-se alternativas na própria Lei nº 13.303/2016, pelo menos em parte das contratações – justamente aquelas que têm sido objeto de denúncias de corrupção.

8. O Sistema de Garantias nas Contratações de Empresas Estatais como Mecanismo de Incentivo à Adoção de Programas de Integridade

Como visto, a Lei nº 13.303/2016 trouxe novo regramento para as empresas públicas e sociedades de economia mista, com formas procedimentais próprias para as licitações e contratos. Uma das inovações está no art. 70, que prevê a possibilidade de a empresa exigir garantia em suas contratações de obras, serviços e compras. Tal garantia, nos termos do §1º, pode ser (i) caução em dinheiro; (ii) seguro-garantia ou (iii) fiança bancária, cabendo ao contratado optar por uma das modalidades.

Segundo o §2º, a garantia não pode exceder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, enquanto o §3º prevê que, em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite pode ser elevado para até 10% (dez por cento).

Ao estabelecer que a empresa licitante “poderá” exigir garantia, é certo que tal exigência não deverá ser adotada em todas as contratações. Por certo, haverá parâmetros que assegurem publicidade e igualdade de tratamento.

Uma vez decidida a exigência de prestação de garantias contratuais, os limites, como dito, serão de 5% a 10%, conforme o vulto do contrato. Nesse ponto, há espaço para que a Administração, legalmente, exerça seu poder de compra para regular o mercado, incentivando a adoção de programas de integridade. Senão, vejamos.

Como é comezinho, os limites de uma garantia contratual são determinados por uma série de fatores, entre eles, o risco de inadimplemento contratual. Como se vê no contrato de seguro, ao assumir o risco de pagar uma indenização, a seguradora precisa analisar o risco, antes de estabelecer o prêmio a ser pago pelo segurado, e antes mesmo da aceitação do contrato. E um dos elementos do risco de inadimplemento é justamente no perfil do segurado.

De maneira análoga, se uma empresa possui programas internos que coíbam práticas lesivas à Administração Pública, menor o risco de esse agente descumprir ou cumprir parcialmente o contrato. Como visto na análise econômica de contratos da Administração, as colusões corruptas entre agentes públicos e privados redundam em inadimplemento – ou adimplemento parcial –, pois o particular contará com a leniência de servidores públicos para auferir vantagens superiores àquelas contratualmente previstas.

Nesse sentido, a existência de programas internos de integridade efetivos por parte dos contratados pode implicar redução dos limites das garantias contratuais, conforme parâmetros adotados pelas licitantes. Em análise custo-benefício, poderão os contratados adotar tais políticas internas, reduzindo ou eliminando, conforme o grau de efetividade do programa, a garantia exigida nos contratos.

Portanto, se não se pode conjecturar sobre obrigatoriedade de adoção de programas de *compliance*, pode-se perfeitamente cogitar de um espaço de incentivo a práticas de governança interna. Com isso, reduzem-se os riscos de corrupção e aumentam-se os custos de oportunidade – aquele correspondente às melhores oportunidades que uma pessoa ou empresa perde quando não utiliza seus recursos para o fim alternativo que tem mais valor – para prática de condutas desonestas e incentivam-se funcionários a buscar formas lícitas e menos arriscadas de obter ganhos.

9. Conclusões

O Brasil vem passando, a partir da redemocratização, um contínuo processo de consolidação institucional que passa pela consolidação de normas destinadas a preservar a separação entre as esferas pública e privada. Nesse aspecto, o respeito aos princípios de impessoalidade e de moralidade implica a criação de normas que os concretizem para que sua existência não se restrinja a mera letra morta no papel da Constituição.

A ciência jurídica deve procurar uma interface eficiente com outras ciências sociais, como a Economia, para que se compreenda que não basta somente a edição de normas que ampliem os controles, pois há que se reconhecer que até mesmo o *enforcement* implica custos para o erário. A busca de melhor qualidade da gestão deve observar a correta relação custo-benefício, para que a adequação dos agentes às balizas legais seja a menos custosa possível.

Um dos últimos passos nesse sentido foi a edição da Lei nº 12.856/2013, que criou uma sistemática de incentivos positivos e negativos a pessoas jurídicas para que as práticas de governança sigam comportamento ético adequado, quando lidarem com negócios públicos. A lei é forte em normas não cogentes, como é o caso dos programas de integridade, cuja adoção pode redundar em benefícios às empresas.

Seguindo essa linha, a novel 13.303/2016 traz para o ordenamento jurídico um instrumento que pode também servir como incentivo positivo à adequação de empresas a programas de integridade, qual seja, o sistema de garantias contratuais, consoante aqui exposto. Com efeito, sem formular exigência direta de adesão a programas de integridade, pode a Administração Indireta utilizá-los para regular o nível de garantia contratual exigível de cada fornecedor.

Bibliografia

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*. The Journal of Legal Studies, Vol. 3, nº 1 (Jan., 1974), 1974, p. 1-18.

CABRILLO, Francisco; FRITZPATRIK, Sean. *La Economía de la Administración de Justicia*. Madrid: Editorial Aranzí S.A., 2011.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas*. Brasil, Distrito Federal, 2006. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055012.PDF>. Acesso em: 21 nov. 2016.

CARRARO, André et al. *O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil*: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período 1994-1998. (Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2006, p. 14-15).

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21ª ed., 2016.

CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructures*. Disponível em: www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476. Acesso em: 21 nov. 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAMBSDORFF, Johan Graf. *Institutional Economics of Corruption and Reform*. N. York: Cambridge University Press, 2007.

MACLEOD, Bentley W. Reputations, relationships, and contract enforcement. In: *Journal of economic literature*, vol. 45, nº 3, p. 595-628, 2007.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo*. Parte General. 8ª ed., Madrid: Editorial Anaya, 2012.

POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili. *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*, 2010. Disponível em: www.indret.com/pdf/719_es.pdf. Acesso em: 21 nov. 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Licitações devem cortar incapazes de prestar serviço. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/mauricio-ribeiro-licitacoes-cortar-incapazes-prestar-servico>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*. Annual Review of Law and Social Science, vol. 6, p. 217-238, 2010.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STIGLER, George. J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, nº 1, (Spring, 1971), p. 3-21. Disponível em: www.jstor.org/stable/3003160. Acesso em: 21 nov. 2016.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. [edição eletrônica Kindle] USA: Penguin Books, 2009.

VERMA, Sandeep. *Dispute Resolution in Public Contracts: Lessons from Select International Best Practices* (May 19, 2013). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267056. Acesso em: 21 nov. 2016.

WILLIAMSON, Oliver. *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html. Acesso em: 21 nov. 2016.